

15

POR

EL LICENCIADO DON MATHIAS LORENZO FERNANDEZ

Presbitero, Capellan Real en la Sancta Iglesia Cathedral de la Gran Canaria, Heredero vniversal de Don Alonso Sotelo, y Jorba Abogado que fue de los Reales Consejos, quien lo fue de Doña Catalina de Quintana y Betancurt su legitima Muger.

CON

Don Francisco de la Cruz Betancurt Vezino de dicha Ciudad de Canaria.

SOBRE

QUE SE CONFIRME LA SENTENCIA DE LA AVdiencia de la dicha Ciudad, en que se confirmó la del Corregidor, y absolvió, y dió por libre de la demanda, que sobre la Herencia de la dicha Doña Catalina se puso por el dicho Don Francisco de la Cruz, y se declarò tocar en propiedad los Bienes de esta Herencia y de que antes avia tomado possession, al dicho Licenciado Don Mathias Lorenzo Fernandez [illegible]

1. HA parecido precifo para manifeftar el derecho claro q̃ afsifte àDon Mathias Lorenzo, para la confirmacion que pretende de la Sentencia de la Audiencia de Canaria; poner à la letra las claufulas principales del teftamento cerrado, y codicilo, que defpues otorgó Doña Cathalina de Quintana; y tambien algunas del teftamento, y codicilo de Don Alonfo Sotelo fu Marido, por confiftir en ellas la vnica queftion que fea tratado en el pleito; pues aunque fe pudiera hazer vn breve refumen de todo el hecho, para facar dèl los puntos de derecho que ocurren, atendido el comun brocardico que: *Ex facto tui oritur. Ex Lege fi ex plagijs 52. §. in clivo capitolino 2. ff. ad Legem Aquiliam*, ibi, *in caufa jus effe pofsitum*, *l. Final in principio ff. de iure iurando*, *l. vt refponfum congruum 15. Cod. de tranfactionibus*; Y eftando patente el hecho fe viene en mas claro conocimiento del derecho, fecundum Divum Bernardum lib. 3. de confolatione ad Eugenium, *ibi: Vbi certior, & facilior notio, ibi decifio tutior, & expeditior*: Por no hazer muy dilatado efte informe, y herir las dificultades folo en la referida claufulas; baftàra ponerlas, y no canfar à los Señores Juezes con prolixos hechos, figuiendo el confejo de San Bafilio el Magno en la Epiftola 67. que dexo dicho: *Æquo Iudici adveritatis declarationem ipfa rerum cognitio fatis fit; itaque poteftis vos ipfi etiam fi nos fileamus, ea, quæ fiunt obfervare.*

2. Doña Catalina de Quintana, en el teftamento cerrado que otorgò en 21. de Agofto de 1674. que por fu muerte fe abrió con la folenidad neceffaria en 31. de Octubre de 1684. entre las claufulas dèl, eftandos que conducen à efte pleito; que la primera que eftá immediata á las en que funda dos Vinculos de diferentes Bienes, y haze particulares llamamientos, antes de paffar à los legados, y mandas que dexo, dize:

3. *Iten, declarò, que fi mi muerte fuere primero que la del dicho Don Alonfo Sotelo mi Marido, es mi voluntad que por fus*

 dias

dias tenga, y goze todos mis Bienes Raizes; assi de los que dexò instituidos los dos Vinculos, como de los demas: Y para despues de sus dias corran las disposiciones de mi testamento, y todas sus mandas, y legados, assi pios como particulares, excepto lo que toca à mi funeral, y limosnas dèl. Y prosigue en la clausula diziendo, que lo releva de hazer imbentario, y de dar quentas, por que tiene gran parte en estos Bienes, por averlos reparado augmentado, y plantado, y edificado gran parte de las casas de ellos, gastando en esto mucho Caudal de su Patrimonio, y en pagar las cargas, y deudas que tenian, antes que con èl se Casasse, y que le avia dado facultad el dicho Don Alonso para que hiziesse sus disposiciones; todo lo qual le queria remunerar.

4. Despues passa Doña Catalina á hazer diferentes clausulas, y llegando á la de institucion de heredero, dize: *Y en el Remaniente que quedare de todos mis Bienes, dexò, y establescò por mi Vniversal Heredero al dicho Don Alonso Sotelo mi Marido, Y POR SV FALTA, à Don Iazinto de Mendoza Betancurt, Y POR FALTA DE AMBOS, à Don Ioseph de Betancurt mi Sobrino; para que los gozen, y hereden con la bendicion de Dios, que esta es mi voluntad.*

5. Passados dies años del otorgamiento del testamento cerrado, la dicha Doña Catalina hizo vn codicilo que otorgó por ante Lazaro de Figueroa Escrivano publico, y del numero de Canaria en 18. de Agosto de 1684 en que puso diferentes clausulas, y entre ellas la siguiente.

6. *Y en el Remaniente de todos mis Bienes, Derechos, y Acciones dexo por mi vniversal Heredero al dicho Don Alonso Sotelo mi Marido, como lo es por dicho mi testamento, Y POR SV FALTA, à Don Francisco de la Cruz mi Sobrino, Y POR SV FALTA, à sus hijos, y Herederos, y por falta de estos se guardan los demas llamamientos que dexo en dicho mi testamento.*

7. Don Alonso Sotelo Sucedió en los Bienes de la Herencia de Doña Catalina de Quintana su Muger, siendo su Herederó; quien por el año passado de 1694. otorgó su

testa-

teſtamento, en que diſpuſo muy por menor de todo ſu Caudal, diſtribuyendole en mandas, y legados pios; y llegando à inſtituir Heredero, puſo eſta clauſula: *En el Remaniente de todos mis Bienes, Derechos, y Acciones que en qualquier manera me toquen, deſpues de pagado eſte mi teſtamento, inſtituyò por mi vniverſal Heredero al dicho Don Mathias Lorenzo Fernandez, para que los aya, y herede atento à no tener como no tengo heredero forzoſo.*

8. Y eſtando à la muerte el dicho Don Alonſo Sotelo otorgò codicilo en 5. de Febrero de 1694. y en èl ſe halla la clauſuſa ſiguiente: *Iten, que por quanto he tenido noticia, que Don Franciſco de la Cruz Betancurt, Eſcrivano de Camara de la Real Audiencia, tiene pretencion à los Bienes que herede de Doña Catalina de Quintana mi Muger, por eſtar el ſuſodicho llamado à mi falta por Heredero, declarò que la intencion que la dicha mi Muger tuvo fue dexarme ſus Bienes ſin carga alguna de reſtitucion, y que el llamamiento que hizo al dicho Don Franciſco fue para en caſo que yo fallecieſſe primero que ella, y fue ſu voluntad que aceptando yo la Herencia, no tuvieſſe en ſus Bienes parte alguna el dicho Don Franciſco, ni los demas llamados aſsi en ſu teſtamento como en ſu codicilo, y dicho llamamiento es vna Subſtitucion vulgar, que de ſu naturaleza queda deſvanecida aceptando el primero llamado; todo lo qual me conſta y lo sè aſsi, por avermelo comunicado la dicha mi muger, como por que ſiempre eſtuvo en eſto miſmo, ſin aver tenido otra voluntad que la referida. Y aſsi para deſcargo de mi conciencia, lo declarò, y en caſo neceſſario lo Jurò; y no es creible, que repartiendo yo mis Bienes en limoſnas, y obras pias por no tener Herederos forzoſos, avia de quitarlos al dicho Don Franciſco, ni à otro alguno para darlos à otros deſeando como deſeo ſalvarme, y en todo el deſcargo de mi conciencia.*

9. Haviendo muerto Doña Catalina de Quintana, y deſpues Don Alonſo Sotelo ſu Marido, debaxo de las Referidas diſpoſiciones de ſus teſtamentos, ſalió ante el Corregidor de la Ciudad de Canaria Don Franciſco de la Cruz Betancurt, pidiendo poſſeſsion de los Bienes, y Herencia

de

de la dicha Doña Catalina en virtud de la clauſula de ſu codicilo ſupra numero 6. que ſe le mandò dar, y diò ſin perjuicio de tercero; deſpues ſe contradixo por Don Mathias Lorenzo Fernandez pretendiendola de dichos Bienes como Heredero vniverſal de Don Alonſo Sotelo, à cuyo favor ſe determinò el juizio de la poſſeſsion, que ſe confirmò por la Audiencia de Canaria, y tomò con effecto poſſeſsion de todos los Bienes; à los quales puſo demanda Don Franciſco de la Cruz, pretendiendo ſe declaraſſe por Heredero fideicommiſſario de Doña Catalina, por aver llegado el caſo de Suceder en ſu Herencia por muerte de Don Alonſo ſu Marido que ſe contexto por Don Mathias Lorenzo, en cuya inſtancia ſe hizo por vna, y otra parte probanza, y concluſo el pleito ſe determinó en difinitiva à favor de Don Mathias Lorenzo, y interpueſta apelacion à dicha Audiencia por Don Franciſco, en ella ſe confirmó en todo la ſentencia del Corregidor.

10. De eſte breve reſumen de la calidad, y eſtado del pleito juntó con las clauſulas ſupra pueſtas, que ſon las preciſas para el conocimiento de el litigio, ſin ſer neceſſaria mas Narracion, ſe paſſará a fundar la defenſa de Don Mathias Lorenzo, diziendo con Quintiliano: *Declamacion 13. pag. 158. intelligo neque prudentiam veſtiam deſiderare plura de cauſa, neque veſtram fidem, ac Religionem egere exhortatione verè iudicandi: quid igitur moror?*

11. Dividiraſe en articulos eſte informe; en el primero ſe fundarà el derecho de Don Mathias Lorenzo, ajuſtando que Don Alonſo Sotelo de quien fue vniverſal Heredero, lo fue de Doña Catalina de Quintana ſu Muger, ſin gravamen de que ſe reſtituyeſſe la Herencia deſpues de ſus dias a Don Franciſco de la Cruz, por aver ſido Heredero vniverſal, y directo, y ſolo ſubſtituido vulgarmente, en caſo de que no fueſſe tal Heredero, ſin que ſe pueda entender ni preſumir contuvieſſe la diſpoſicion de Doña Catalina, ſubſtitucion fideicommiſſaria en los llamados *gradatim* por falta de Don Alonſo.

12. Y

12. Y en el ſegundo ſe propondran los argumentos, y razones que puede aver à favor de D. Franciſco de la Cruz deducidas de ſus miſmas alegaciones, a que ſe darà ſatisfacion: y aunque ſea algo dilatado eſte papel, no lo parecerà tanto, ſiguiendo eſte orden, y methodo como a otro fin dezia: *Quintiliano de oratoribus lib.* 12. *cap.* 10. ibi: *Omnia enim, brivora reddet ordo, & ratio, & modus.*

ARTICVLO PRIMERO.

13. HA ſido, y es la materia de vltimas voluntades ſiempre en el derecho de lo mas dificil, y en que mas ſe fatigaron los ingenios de quantos en la juriſprudencia han eſcrito, en orden a ajuſtar a las reglas de derecho las diſpoſiciones dubias de los teſtadores, que no pudiendo dexar a ſu mero adbitrio, quando es contra derecho lo que ordenan: *Per leg. nemo poteſt ff. de legat.* 2. Son ellos los legiſladores de ſus bienes, y ſu voluutad la que ſe debe obſervar: *Ad vnguem*, no aviendo conocida repugnancia en las legales determinaciones: *Auth. de nuptijs cap.* 2. *verſ. diſponat. collat.* 4. *leg. in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet ea que regit conditiones* 19. *ff. de condit. & demonſtrationibus* Auth. de iure iur. a morient preſt. coll. 5. l. omnium 19. C. de teſtament. ibi: *Voluntates, & enim hominum, audire volumus, non videre.* Pues como dixo: *Bald. in leg. penul. cod. de neceſſ. ſervis Hered.* Se debe ſeguir la voluntad del teſtador: *Sitat venator leporem.*

14. Sobre todas las materias de vltimas voluntades, la de las ſubſtitutiones, aſsi vulgares, como fideicommiſſarias, pupilares, exemplares, y compendioſas, es la que en todos tiempos ha obtenido la primacia, *ſecundum omnes maximè Alberic. in Rubric. de ſubſtitutionib. col.* 2. que dixo, que era: *Sicut mare Anglicanum.* Profunda, y neceſſaria: Sutil, alta, y Quotidiana la llamaron otros, y en eſpecial, *Anth. Gomez lib.* 1. *var. cap.* 3. *in princ.* Y Suarez ad eum, trae muchos authores en ponderacion de

 eſta

esta materia que refieren a Baldo que, *in voce*, dixo la immensidad de ducados que ganò por esta causa, y *Ayllon n.* 1. ad dict. *locum Gomazij* infinitos cumulat. in laudem Materiæ.

15. Toda la question de este pleito [que ha, que dura tantos años] estriba en aberiguar si por las clausulas de institucion de Heredero del testamento, y codicilo de Doña Catalina de Quintana, en que nombrò, y establecido al Licenciado Don Alonso Sotelo por su Heredero vniversal, lo gravò a que despues de sus dias passasse, su Herencia a los demas nombrados en dichas clausulas, *Ordine sucessivo*, substituyendolos a Don Alonso *per fideicommissum*; ò si solo fue substitucion vulgar la que hizo en todos los demas; de modo, que adiendo el Marido ò aceptando la Herencia, se desvanecieron, y espiraron los demas llamamientos, y que como Heredero vniversal de su muger, sin gravamen de restitucion, pudo disponer despues [como lo hizo] de dicha Herencia, ya Caudal suyo, y incorporado en su patrimonio, *Ex l. sed si plures*. 10. §. filio 2. ff. de Vulg. ibi: *juncta enim Hereditas cæpit esse*. En favor de Don Mathias Lorenzo, à quien dexó por su Heredero, para que este cumpliesse su disposicion, y distribuyesse lo restante de la Herencia en las mandas, y legados pios que le comunicò.

16. Es constante en derecho que la substitucion vulgar se concibe por palabras directas, y abraza vnas vezes expressamente los casos de impotencia, y noluntad, otras vno de estos dos, quedando tacito, y subintellecto el otro, y otras en que ambos casos tacitamente quedan comprehendidos, como *Sititius noluerit aut non potuerit esse heres, sit heres semprenius*, que son los dos expressos; ò *si non potuerit esse heres*, que expresso el de la impotencia se incluye tacitamente el de la nolutad: *Si noluerit*, vel è contra; ó substituyendo con la palabra: *Si non fuerint heres*, que incluye *intra se* ambas calidades, esta muriendo: *Ante testatorèm l. post ante additionem Hæreditatis*, y la prime-

ra

ra *post testatoris exitum*: No queriendo aceptar la Herencia. *Leg.* 1. *& per totum ff. devulg & pupil. L. si Pater Familias* 40. *ff. de Hered. instituend. L. si solus* 80. *ff. de adque Hered. Leg.* 3. *Cod. de Hered. instit. L. vnica* §. *in primo &* §. *pro secundo Cod. de cad. tollend. Menchaca de sucessionum pro gresso lib.* 2. §. 12. *n.* 3. *& de succ. creat. lib.* 2. §. 2. *n.* 31. *Donel. emulat. lib.* 6. *Cap.* 24. *littera* C.D. Castill. cum multis agit de hoc ex prosso in cap. 63. lib. 5. controv. á n 39.

17. *La* fideicommissaria sustitucion, *Concipitur per verba obliqua* dirigiendo las palabras al Hæredero instituydo gravandole à que en vida ô por su muerte restituya al substituto la Herencia, ó parte de ella: *Leg.* 1. *& per totum ff. ad trebelianum. L.* 1. *& per totum cod. eodem.* §. 1. *& toto titulo in tit. de fideicommissarijs Hæreditatib. Leg. final tit.* 5. *partita* 6. *Gomez lib.* 1. *Variarum cap.* 5. *n.* 2. *& adeum Ayllon. n.* 1. *refert.* multos ex professo agentes.

18. Que la substitucion que hizo Doña Catalina fuesse vulgar contenida en el casso de si non fuerit Hæres Don Alonso que tacitamente abrassa las dos calidades de, *si non potuerit, l. noluerit*, instituyendole por su Heredero, y llamando por su falta en la clausula del testamento à Don Jacinto de Mendoza, y por falta de este a Don Joseph de Betancurt: cuyos llamamientos con la misma palabra de *por su falta* altero en la clausula del codicilo, nombrando despues de Don Alonso à Don Francisco de la Cruz Betancurt, y por su falta a sus Hijos, y Herederos, y por falta de estos que se guardassen los demas llamamientos del testamento: patet ex sequentibus.

19. Primo de las mismas palabras literales de la clausula del testamento, ibi: *Dexò, y establessò por mi vniversal Heredero al dicho Don Alonso Sotelo mi Marido, como lo es por dicho mi testamento*, cuyas palabras manifiestan vna evidente, y clara voluntad de institucion de Herencia pura, absoluta, y perpetua, sin cargo ni gravamen, en casso de

aceptar el Heredero: y quando, *In verbis non est ambiguitas non debet admitti voluntatis quæstio leg. ille 25. §. cum in verbis ff de legat. 3.* Ni las palabras claras, *Indigent. interpretatione Leg. licet imperator ff. de legat. 1. Cardinalis Tuscus lib. 8. litera V. Conclut. 108. Barbossa axsioma 222. num. 32. Dueñas in locis communibus* litera V. num. 84.

20. Secundo Porque en dichas clausulas, & maximè en la del testamento, no expressò acada vno de los llamados por falta de su Marido que les dexava por sus Herederos substituyendo los siguientes à los antecedentes llamados, sino que debaxo de las palabras, *dexo, y establesco,* que puso en la institucion del Marido se comprehendieron los demas, como si a cada vno dixera : Si faltare mi marido, à quien establesco por mi vniversal Heredero, dexo, y establesco a Don Jacinto de Mendoza Betancurt, y si este faltare, dexo, y establesco por mi Vniversal Heredero a Don Joseph Viñol mi Sobrino, para que el que fuere mi vniversal Heredero Goze, y Herede mis Bienes; que son las palabras conque concluye la clausula : Y en esta misma forma ordenò la del codicilo en que antepuso à Don Francisco de la Cruz, y à sus Hijos, y Herederos, à los dos que tenia llamados despues de su marido en el testamento: de cuyo discurso se saca, que todos los llamamientos fueron de vulgar substitucion à falta vnos, de otros; por aver vsado la testadora en el principio de las palabras, *dexo, y establesco* por mi Vniversal Heredero, que son las que goviernan, y rigen vna, y otra clausula, las quales son directas verbis civilibus, contrarias à las que inducen fideicommisso.

21. Y que las palabras *dexo, y establesco*, puestas en la institucion, y que apelen a Vniversidad de Bienes, sean directas comunes verbis civilibus, y corresponden á las latinas : *Relinquo, y statuo*, que estas, y sus equivalentes, importan lo mismo que institucion de Heredero directa,

recta, pruebase *Ex Leg. Verbis civilibus* 120. *ff. de verb signifi. Leg. namque* 14. §. *vltimo, Leg. Cogi* 16 *ff. ad trebell Leg. quoniam* 15. *cod. de testam.* Donde lo mismo importa *Heredem facio.* Vel instituo, [que son precisamente directas, & vocantur verba civilia vt tenet *D. Gerg. Lop. in Lege* 14. *tit.* 3. *part.* 6. *verbo todos los Bienes circa finem*] que *Volo, vel mando, L. Cupio, L. esto; L. erit. Perar'ta in rubrica de Heredibus instit. n* 153. Donde funda que la misma fuerza tiene la palabra *legô* adjunta Vniversitate bonorum, y las palabras, *asigno, relinquo, deputo, atribuo,* que todas son equivolentes al verbo instituo; *Al idem est Balasco Consult.* 165. *n.* 4. *Zeballos Comm. quæst.* 214. *n.* 3. *Barb. d. st.* 296. *n.* 4. *cum Menoch. & Gama,* quos citat. que todas estas palabras, y otras equipolentes son civiles, directas, communes, y vulgares, y se oponen á las obliquas, y precarias, como lo notó *Gothof, con Duareno, Cujacio, y otros à la Ley verbis civilibus* 7. *ff, de vu'g. litera G.*

22. Estando probado que las palabras de que vsó Doña Catalina para la substitucion que hizo fueron directas, y comunes *n.* antecedenti, que inducen vulgar substitucion, vt supra patet *n.* 16. se viene en conocimiento claro que Don Alonso su Marido, quedô por su vniversal Heredero, a quien solo substituyò vulgarmente; pues para que se pudiera entender que avia sido sideicommissaria la substitucion [que indubio no se presume vt infra ex *n.* 28.] era preciso que huviera vsado la Tutadora de palabras obliquas ó precarias, de las quales no vsó, sino de las opuestas, y contrarias a ellas.

23. Tertio, se prueba tambien que fue substitucion vulgar, y no fideicommissaria la que Doña Catalina de Quintana ordenò en su testamento, y vltima disposicion: por aver husado en las dos clausulas, suprapuestas, de la palabra *Por su falta*; la qual tantas vezes puso, y repitio en los llamamientos que hizo, y esta induce que todos los

lla-

llamados ſucesſive por falta de Don Alonſo Heredero inſtituido, fueron ſubſtitutos vulgares, empeſſando deſde Don Franciſco de la Cruz primer ſubſtituto, no ſiendo reparable, que en vna miſma ſubſtitucion vulgar aya muchos grados, quantas fueren las perſonas ſubſtituidas, *per Leg. cum in teſtamento* §. 1. *ff. de Hered. inſtit.* ex *Concilio Deciani* 26. *n.* 37. *tenet. Pereg. de fideicomm. artic.* 18. *n.* 19.

24. Porque eſta palabra *Por ſu falta*, que en latin correſponde propie à la palabra *indefectum*, ſin violencia induce, ſubſtitucion vulgar hecha al inſtituydo, maximè quando proviene regida de palabras directas, *Tradit. Alciatus Lib.* 3. *Conſilio* 130. Vbi exponit. *& in defectum per modum vulgaris* à quien refiere, y ſigue: *Fuſario de ſubſtitut. quæſt.* 479. *n.* 7.

25. Que en eſte caſo venga regida de palabras directas la palabra *Por ſu falta*, *patet* de la miſma clauſula donde los verbos *dexo*, *y eſtableſco*, que ſon directos vt dictum eſt ſupra n. 21. de que vsò la teſtadora, ſon los que rigen y goviernan las ſubſtitutiones que hizo en todos los llamados.

26. Y aunque algunos autores, como fueren el miſmo Alciato, Pariſio, Decio, y Pereg. (que refiere eſte) de fideicommiſsis, *Art.* 18. *n.* 16. parece, llevaronlo contrario; eſto es, que la palabra *indefectum* denotava fideicommiſſo: *Fuſario dicta quæſt. n.* 8. Cũ multis A. A. Concilia las opiniones, diziendo; que quando la palabra *indefectum* recae ſobre palabras directas verbis civilibus *hoc eſt inſtituo*, es vulgar la ſubſtitucion, pero quando apela à palabras obliquas, ó comunes à eſtas que ſon opueſta à las directas, facilmente ſe puede inducir fideicommiſſo; en cuyos terminos hablaron los que ſiguieron la opinion contraria de Fuſarco, y eſte en los de nueſtra clauſula.

27. Y aun quando la palabra por ſu falta ſe quiſieſſe tomar en el rigoroſe ſentido que D. Franciſco de la Cruz

pretende

pretende, queriendo significar por ella lo que corresponde à la latina *post eum*; tampoco le confessaramos ser fideicommisso, por que quando la substitucion es hecha por palabras directas civiles como en nuestro casso, y que *Aliquomodo posset jure directo valere, non obliquatur; neque in fideicommissariam substitutionem resolvitur ex dicta l. verbis civilibus ff. de vulgari*, (y assi lo notaron) *Bart. Bald. y otros antiguos que cita, y sigue Pereg. dict. art. 18. n. 15.*

28. Quarto, aunque no obstante lo ponderado se quisiera esforzar por Don Francisco de la Cruz aver quedado substituto fideicommissario; sin embargo se deve entender que Doña Catalina en las substituciones que hizo por falta de su Marido fueron vulgares, para en caso de que no pudiesse, ò no quisiesse ser su Heredero, passasse à los demas ordine succesivo su Herencia: por ser principio claro que las sustituciones directas, y vulgares son favorables, y los fideicomissos odiosos; & favores sunt ampliandi: *Cap hodie 15 de reg. juris in 6. Cap renovantes 22. ditt. Cap. ne aliquid de privileg. in 6. L. cum quidam 19. ff. de liberis, & posthumis.* Y en terminos de substitucion son *Mant. de Conject. vltim. volunt. lib. 5. tit. 1. n. 3. & seqq. Fusario quidat multos quest. 6. n. 2. & quest. 382. n. 7. & quæst. 479. n. 2.*

29. Son puntuales para este casso *Doctor Molina de Hisp. primog. lib: 1. cap. 4. n. 8. & 9.* ibi: *fideicommissum onus esse censetur L.* Coheredi *§ cum filiæ ff. de vulgari, L. ab eo cod. de fideicomm. ideoque indubio fideicommissum cessare respondendum erit. Semper enim sic dispositio interpretanda est, vt persona honorata minus gravetur,* quam sit *possibile, L. vnum est familia §. si rem ff. de legat 2. &c. fideicommissi namque extentio odiosa est, ademptio autem favorabilis,* Leg. si *fuerit vbi Castrencis, & Socinus ff. de rebus dubijs.*

30. Mas claro, *Fusario de subst. quæst. 480. n. 2.* Vers. septimo, ibi: *Verba vt inducant fideicommissum debent esse clarissima, & illud de necessitate in ferre, L. Lucius 8 § tres Hæredes ff. ad Trebelianum Abb. const. 29. n. 7. Dec. const. 377. n 7.*

n. 7. Mantica de conject. vltim. volunt. lib. 8. tit. 1. *n.* 2. *& fundans se in fideicomisso illud concludenter probare debet*, & idem antea dixerat *quæst.* 276. *à n* 4.

31. Tandem, *August. Barbos, de apelat. verb. jur. signif. apelat.* 252. *dixit. substituti apelatione indubio venit vulgaris non fideicommissarium, nam siquis aliquem instituat, & aliquem sibi substituat, videtur substituesse vulgariter, non per fideicommissum, ex L. iam hoc iure ff. de vulg. l. Gallus* 29. *§.* 1. *ff. de lib. posth. vnde verba sustituonis directæ* vel *fideicommissariæ indubio de directa inteliguntur, quia prior directa magis favorabilis est, tum quia continet provitionem, posterior vero fideicommissaria continet onus, ita Bart. lib.* 1. *Cons.* 243. *n.* 6. quæ refert *Cardinalis Tusc. pract. concl tom.* 7. *lit. V. concl.* 101. *n.* 7.

32. Quinto, hallasse ajustado que la substitucion indubio se debe entender vulgar, y no fideicommissarias por lo favorable de la vna, honeroso, y odioso de la otra, que en la que dispuso Doña Cathalina de Quintana, substituyendole á su Marido, vsô de palabras directas de institucion; que el termino de *por su falta*, que repitio en todos los llamamientos, como condicion en cada vno para que llegasse, y se verificasse la substitucion, la induce asi mismo vulgar; queda claro, que por esto solo, sin otra prueba, quando no la hubiesse en el pleito, asi Real, como conjeturada, y verosimil, tenia Don Mathias Lorenzo probado su intento, y ajustado los fundamentos, que tuvo para obtener, como obtubo à su favor todas las sentencias de el ordinario, y Audiencia de Canaria asi en el Juizio de la posion, como en el de propriedad.

33. Y para que no quede reparo que siendo los llamamientos succesivos desde Don Francisco de la Cruz, y por su falta sus hijos, y herederos, y por la destos, los demos, que quedavan llamados en el testamento parecia de notava fideicommisso, y este de familia, como menos bien, se ha querido esforzar de contrario, concluira este punto vn lugar en terminos de el Doctor Don Luis de Molina, que el se lo bastava para fundamento de el de

Don

Don Mathias Lorènzo : dize ē en el *Lib. 1. de Hisp primg. cap. 6. n. 14. quod quaudo plures ad successionem aliquorum* bonorum vocantur, eo casu quo ex regulis superius adductis, nō simul, ac semel sed ordine successivo admittendi sunt, hi numquam censeantur vocati per fideicommissum, sed per vulgarem substitutionem, in hunc sensum. Quod si primo nominatus, successionem repudiaverit, vel vivo testatore mortuus fuerit sequens in gradu, ordine successivo admitatur; & si secundo loco nominatus, etiam adire noluerit, vel non potuerit, vlterior in ejus locum ordine successivo substitatur; non autem, quod si primus successionem acceptaverit isque mortuus fuerit, sequens admitendus sit, imò aditioneprimi, omnes substitutiones expirant. l. post aditam, cum simil. C. de impub. & alijs. Se refiere al cap. 5. del mismo lib. 1. n. 27. donde manifiesta esta dotrina mas por extenso, y refiere por ella muchos authores.

34. Y el mismo author funda su opinion en vno, y otro lugar con muchos textos, y dotrinas, y solo lo limita quando la disposicion habet tractum temporis succesivum, ó es perpetua como es el mayorasgo ò vinculo, ó el testador clara, expressa, y distintamente dispuso, y quiso que suscediessen per fideicommissum, & non per vulgarem: que en estos cassos no se entenderá substitucion directa vulgar, sino obliqua, y fideicommissaria, asi por la sujeta materia de vinculo, ò mayorasgo, como por la voluntad expressa, y manifiesta de el que dispone : lo mismo fundan, y defienden *Men. de presumpt. lib. 4. presumpt 71. per totam maximè n. 29. & 35. & concilio 85. n. 97. & 99. fusario quæst. 552. per totam, D. Castillo cum multis lib. 5. Controvers. cap. 110. ex n. 17. & in punto n. 21.* Conque no estando en la limitacion, sino en la regla general de estos autores se halla probado el intento.

35. Estando à favor de la substitucion vulgar la disposicion de derecho, y la presumpcion que dèl se induce para adaptar lo vno, y otro à nuestro casso, se devieran,

inter-

interpretar qualesquier palabras dubias de la testadora à este fin aun quando las huviesse [que no las ay en su disposicion] no poniendo todo el cuidado en el rigososo sentido de las voces, sino en la voluntad, y à expressa, y à tacita, y presumpta que de ellas proviene: *Ad textum in legē labeo 7.* ibi: *Cum prior at potentior sit quam vox, mens dicentis ff. de supelect. legat.* Y quando no se hallara plenamente probado la voluntad de Doña Catalina como lo està, y se ponderara adelante solo las conjeturas que ay à favor de D. Alonso Sotelo, y por consiguiente de Don Mathias Lorenzo Fernandez su Heredero, fueran bastantissima probanza.

36. Demas que sujetar el discurso à solo el sonido de las Palabras dexando cautivo el entendimiento para no poder indagar lo verosimil, fuera governar las disposiciones por meras vozes, y no por legales conjecturas, y presumptiones juridicas argumento; *Textus vt nullo 28. finalis cod. de vsuris*; ibi: *Hoc certè erat non rebus sed verbis tantummodo legem ponere*, repetidas tambien por Justiniano; *in lege finali cod. commun. de legat.*

37. Y mas quando muchas vezes los testadores vsan para explicarse de vocablos, y nombres impropios, y no atienden à la rigorosa, y genuina significacion de las palabras como lo notò *Marcelo J. C. en la Ley non aliter 69. §. 1. ff. de legat. 3.* Donde dixo, que *plerumque abusive loquantur nec proprijs nominibus ac vocabulis semper vtantur*: Y lo trae el *Señor Larrea tomo 2. desc. 60. n. 5.* Y Acurzio en la ley *quoties cod. fam. ericiscundæ.* Tambien dexò dicho que *non omnis testator scit dicere Hæredem instituo*; *Refert Peralta in rubrica de her. inst. n. 195.*

38. Y se deve considerar assi mismo para el sentido, y conocimiento de las palabras que persona es la que haze la disposiciō ó testamento pues de diferente modo se buscarà la inteligencia de las vozes en quien es versado en el derecho, que en quien es iliterato; y aunque en vnos, y

otros

otros se devẽ considerar la voluntad, y mente de lo que quisieron dezir; á los rusticos, mugeres, è ignorantes sea de atender junto conlamente al natural significado, y materno estilo de las palabras; asi lo dixô Jasson in Conc. 151. *Colum. penult. n 4. verba ab iliterato, & persona idiota. L. à muliere prolata, naturaliter, & prout Materno sermone proferuntur intelligi debent, & non secundum iuris subtilitatem* ad idem est *Mantic. de Coniect. vltim. volunt. lib 3. tit. 5. num. 7. Fussar. de subst. quæst. 32. n. 106. & quæst. 379. n. 19. & 20.* qui multos refert.

39. Para el mejor acierto de interpretacion de vltimas voluntades, y grados por donde el discurso deve caminar notò por regla, *Bald. en el lib. 1. Cons. 264.* Con otros muchos que le siguieron, y aprueba, y cita Doctor *Castillo en el lib. 5. cap. 63. à principio,* & *maximè à n. 22.* Que quando versatur de *interpretanda testatoris voluntate, vel si agatur circa verba dubia testantis, primo mens inspiciatur, secundo verisimilitudo tertio propia verborum significatio.* Con que llevando hasta aqui probado el fin de la testadora sacado de las palabras con que dispuso su vltima voluntad, que estas inducen vulgar substitucion, se passarà à probarlo precipuo, y principal que son la mente, y lo verisimil de su disposicion por las conjecturas que nacen dellas mismas.

40. Siendo la primera que si quisiera aver gravado à que su marido post mortem, restituiesse la Herencia al segundo llamado, y este por la suya despues al siguiente & Sic de cæteris, hasta recaer en Don Joseph de Biñol su Sobrino vltimo nominatus, lo huviera expressado claramente, quando con tanto acuerdo, y deliberacion hizo su testamento, y codicilo *Argum. Leg fin §. sin autem ad deficientis cod. de Cad.* toll. ibi: *Nam si contrarium volebat nulla erat difficultas coniuntim ea disponere, cap. ad audientiã 10. de decimis cap. 2. §. sed neque de translat. Episcop. Gutierez cons. 4. n. 3. & 4.* Siendo asi que para que se dè fideicommissio es necessario que conste expressamente, ó por conjecturas

ras

ras que *per nec esse* concluyan, como con Fussario queda advertido sup. n. y no se hallarà palabra que expresse, ni aunque denote esta voluntad de la testadora de quien se puede dezir con propiedad lo que de otra dixo, *Modestino I. C. in Leg. Mævia* 44. *ff. de manum. testam.* ibi : *Neque contextum verborum totius scripturæ neque mentem testatricis eam esse*, *Leg. nummis* 75. *ff. de leg.* 3. ibi: *neque ex contextu testamenti possit apparere.*

41. Deinde : no ay duda que si Doña Catalina supiera, ò presumiera que avia de morir antes que D. Alonso su Marido, lo huviera dexado por su vniversal Heredero sin passar à otros llamamientos, si ya no fuera en casso de no querer aceptar su Herencia (por el poco vtil que se le seguia à vista de los vinculos fundados legados, y mandas pias, que dexava dispuestas) todo movido del gran cariño, y voluntad que le tubo, y buenos oficios que la hizo en el aumento de su hacienda, y pagar las deudas contraidas por Doña Catalina, y otros beneficios de que se confiessa deudora, y agradecida, que por menor expressa en la clausula de su testamento, citada supra numero 3. y de la voluntad reciproca que Marido, y Muger se tenian ay ademàs plena probanza à la quinta pregunta del interrogatorio de Don Mathias Lorenzo.

42. Y no cavese de fundamento, y razon, que presumiesse Doña Catalina que su Marido muriesse primero que ella, por ser él de mucho mas edad, como se articulò, y provó à la quarta pregunta con todos los testigos de dicha probanza, para lo qual por su falta se previno de segundos, y mas substitutos, y no querer morir sin Heredero, ni ab intestato; dizenlo los mas testigos à la tercera pregunta : pues siendo mas natural que los ancianos mueran primero que los mozos, como nota *S. Ger. Epist. ad Principiam*, quando dixo : *Iubenes potest cito mori, sed senex diu vivere non potest*, y aunque la muerte se acerca à todos con veloses passos segun el *Poeta*, *mors æquo pulsat pede pauperum*

taber-

tabernas, regumque turres, no obstante aun los muy ancianos no la consideran tan proxima, y se presumen poder vivir mas tiempo advirtiòlo; *Ciceron lib. de Senectate, ibi: nemò enim est tam Senex qui se anno non putet posse vivere.*

43. Tambien es conjutura favorable ver que en todo el testamento, con ser tan dilatado, no hizo mencion Doña Catalina, de Don Francisco de la Cruz, ni aun para dexarle vna corta manda, y menos lo llamó à algunos de los dos vinculos que dexò fundados, haziendo para ellos tantos llamamientos de Parientes, y de sus descendencias, y solo nombrò por substitutos à Don Jazinto de Mendoza, y por su falta à Don Joseph Viñol y Coronado sus Sobrinos, y passado dies años despues del testamento otorgò su codicilo, y por enemistad ya contraida con el dicho Don Jazinto de Mendoza, probada plenamente à la septima pregunta, hizo el llamamiento de Don Francisco, y sus Hijos, y Herederos, que hasta entonces de ellos no se avia acordado, y no es presumible, que la Testadora, que tanto amaba à su Marido, y de quien se confessavà tan agradecida lo remunerasse con hazerlo solo vsufructuario de su Hacienda, y que despues està en propiedad passasse à quien no devia obligaciones, y en tantos años (al parecer] aun no tuvo por Pariente.

44. Haze assi mismo gran fuerza à este intento otra clausula del testamente de Doña Catalina, en que mandò se dixessen dos mil missas, advirtiendo en ella que si su Marido muriesse primero las mandasse dezir el Heredero que fuesse de la testadora de los Bienes de su Herencia; pero que si D. Alonso la sobreviuiesse èl las mandasse dezir quando fuesse su voluntad, y no executandolo en vida el Heredero de Don Alonso, fuesse obligado à ello cumpliendolo de los fructos de los Bienes de Doña Catalina, y en ellos, lo qual no huviera dexado assi dispuesto ni gravara al Heredero de su marido à que dixesse las missas, y de los frutos de los Bienes de la testadora, si su Herencia por muerte de Don Alonso huviera de passar à Don Francisco de la Cruz,

Cruz, y por ſu falta à los demas llamados : pues à Heredero en quien no recayeſſen ſus Bienes, no le podia Doña Catalina dexar gravamen, ni carga, *Leg.* 1. *§. ſi iſqui* 17. *ff. ad trebell. Leg. plane* 94. *in fine*, *Leg. filius familias* 114 §. 3. *ff. de leg.* 1. *Leg. ab eo cod. de fideicom.* Y ſolo ſe les puede gravar en algo, à quienes mas ſe les dexa *Leg. cum Pater* 37 §. *à te peto* 32 *ff. de Leg.* 1. *Leg. Plubius* 36. §. 1. *ff. de condit*, *&* *demonſtrat cum alijs.*

45. Aſsimiſmo es argumento de conjectura á favor de la ſubſtitucion vulgar, y no fideicommiſſaria, que hizo Doña Catalina, conſiderar que la miſma palabra *por ſu falta*, que repetio en los llamamientos à ſu Herencia, la vſó tambien en la clauſula de Albaceas que es la vltima de ſu teſtamento, donde nombrò por primero á Don Alonſo, y por ſu falta á Don Jacinto de Mendoza, & ſic haſta llamar à los Curas de el Sagrario; y no ay duda que aceptando el primero, y empeſſando á vſar el Albacraſgo, eſpiraban los demas llamamientos, que ſolo ſe puſieron para en caſſo de morir antes, ó no querer ſerlo, paſſaſſe à los demas haſta llegar á los Curas, que por razon de ſu officio eran perpetuos, è indefectibles; por que conforme à derecho, aun que *D. Olea de ceſ. iur. & act. tit.* 3. *quæſt.* 1. *n.* 49. *&* 50. con la *Ley nulli. cod. de Epiſcopis, & clericis*, y con el *Cap.* 24. *ſeſc.* 25. *Concilij Trid. de reformat.* lleva que no es tranſmiſible à los Herederos eſte cargo, por ſer perſonal; y elexida la induſtria de la perſona; eſta generalidad ſe limita entre otros caſſos, principalmente, *Quando res non eſt integra*, por averſe comenzado à executar por la perſona à quien ſe cometio la facultad, lo que en ella ſe le encargó; de ſuerte que iniciado el cumplimiento del teſtamento, no ſe admiten los demas albaceas ſecundo nominati à finalizarlo, ſi ſolo los Herederos de el primero, ita Don Franciſco Merlino en ſus Controverſ. *Cap* 48. *n.* 2. que à firma averſe aſsi determinado en el Real Conſejo de Caſtilla en caſo de facto, y comprueba eſta deſciſion con muy doctos fundamentos, *Apud quem videre licèt*

que

que no ſe refieren por eſcuſar prolixidad.

46. Y aſsi lo conſiderò Doña Catalina en la clauſula de las miſas ponderada ſupra n. 44. en que previno que no mandando dezir las Miſas Don Alonſo ſu Albacea, y Heredero, paſſaſſe la obligacion à los Herederos del ſuſodicho, y no á los demas Albaceas, que la teſtadora dexava nombrados.

47. De que ſe infiere ſin violencia que como la palabra *por ſu Falta* pueſta en la clauſula de Albaceas apelò al caſo de no ſerlo los llamados, ó por morir antes, ó no querer aceptar el Albaceaſgo; La miſma inteligencia ſe deve dar ex preſumpta voluntate teſtatricis a la propia palabra pueſta en las clauſulas de Heredero, aſsi en el teſtamento, como en el codicilo quia vna & eadem res non debet diverſo jure cenceri *Leg. eumque ædes 23. ff. de vſucapionib. cap quia circa 22. de privil. cap in tua 30. de decimis Barboſſa cum multis Littera I. acciom a 135. n. 7.* Y las palabras ſe han de entender ſecundum intentionem proferentis *Leg. ſequis intentione 76. ff. de judicijs*: Pues de otro modo ſe contradixeran en el ſentido vnas miſmas palabras, que ſe deve interpretar para que aun miſmo fin comvengan, *Cap. inter dil ctos § Ceterum de fide inſtrumentorum Bart. in Leg. final. §. idem quæſijt ff. de condit. indeviti.*

48. Y ſobre todo es fortiſsimo argumento para inferir la voluntad de Doña Catalina de dexar por Heredero a ſu Marido ſin gravamen de reſtitucion por ſu muerte la clauſula de el miſmo que ſe puſo à la letra ſupra n. que ella ſolo ſin otro adictamento probava la eſclusion de Don Franciſco de la Cruz, *Al texto in Leg. finali cod ad Legem Juliam repetendarum verſic. & licit neminem divini timoris adbitramur in memorem vt ſaluti propiæ vllum commodum anteponat*, palabras que canonizo el capitulo, *Sancimus 26. 1. quæſt 7. Cap. literas verſic quanquam extra de preſumptionibus* de qua re multos congerit, *Giurba ad conſuetudines menſanenſes cap. 2. gloſ. 7. n. 2.*

49. Y aunque como dixo Baldo a quien refiere Ja-

ſon, Maſcardo, Surdo, Farinacio, Menochio, y otros que cita: *D. Vella tom. 2. dicert. 38. n. 36.* Nomo moriens preſumitur Joannes Baptiſta aut Evangeliſta aun que la acerſion ſea Jurada, que regularmente perjudicàra ſolo a los Herederos no a los acreedores, ò otros intereſſados *Leg. qui teſtamentum 27. ff. de prob. Leg. 3. §. ſiquis moriens ff. ad Syllanianum, Leg. ratione 6. autentica quod obtinet. cod. de probat. Gomez, in Lege 9. tauri n 36. Gutierez de juramento confirmatorio 1. part. cap. 5. n. 21. & 2. part. cap. final. n. 5. idem. D. Vella vbi ſuprà n. 6. tandem* el miſmo *n. 35. & 36.* Limita eſto en diferentes caſos, y en eſpecial ſi tal aſercion, ó declaracion adiubetur primordio veritatis *Argum. textus in Leg. cum Filius 76. §. hæres meus ff. de Leg. 2.*

50. Tambien quando es veroſimil la confeſsion, y declaracion del teſtador, y ſe halla jurada, y adminiculada con indicios, y conjeturas, plenamente prueba etiam in tertij preiudicium, *dixit Gomez in Lege 83. Tauri n. 15.* y Mieres *de morat. 4 part. quæſt. 14. n. 12. & ſeqq. in ſecunda editione*, Pereg. *de fideic. artic. 42. n. 83. quos refert, & ſequitur* Noguerol *allegat. 24. n. 146.* caſi en nueſtros terminos dixeron que, *Confeſsio illius, qui ex propio facto præiudicare non poteſt ſucceſſoribus, probat. contra ſubſtitutos ſi eſt adminiculata.*

51. Y no parece creible que quien eſtando tan proximo a morir, que deſeava tanto ſu ſalvacion, que ſe hallava con baſtantiſsimo caudal para ſus diſpoſiciones, que no dexava Hijos, ni Herederos forzoſos, (cuyo amor en los Padres por dexarlos acomodados ſuele atropellar perjuicios con eſcrupulos de la conciencia) que toda ſu hacienda la dexo diſtribuida en legados, y mandas pias, y que haſta ſu remaniente encargò a Don Mathias Lorenzo [ſu Heredero ſolo en el nombre] lo diſtribuyeſſe en obras de caridad: avia de querer tan notablemente perjudicar a Don Franciſco de la Cruz en la Herencia de Doña Catalina, ſi le perteneciеſſe; ni avia de expreſſar en la clauſula ſupra nu. 8. tan deliberada y acordadamente que: *Aſsi*

para

para descargo de mi conciencia lo declarò, y en caso necessario lo jurò; y no es creible que repartiendo yo mis Bienes en limosnas, y obras pias, por no tener Herederos forzosos, avia de quitarlos al dicho Don Francisco, ni à otro alguno para darlos à otros, desseando como desseo salvarme y en todo el descargo de mi conciencia.

52. Mayormente quando en esta clausula avia dicho que èl aver despues de èl llamado Doña Catalina à Don Francisco de la Cruz, y a los demas, fue solo en caso que falleciesse primero que su muger, y que su voluntad siempre fue que con su aceptacion expirassen los demas llamamientos, assi deste testamento como de su codicilo por ser vulgar la substitucion que hizo, y prosigue: *Todo lo qual me consta, y lo se assi por avermelo comunicado la dicha mi muger, como por que siempre estuvo en esto mismo, sin aver tenido otra voluntad que la referida.*

53. *Quid clarius* para desvanecer la porfia de D. Francisco que pudiera desengañarse leyendo esta clausula! pero que mucho que continue sin desengañarle ver que todas las sentencias assi en la possession, como en la propiedad, siempre han sido contra su intento: que es otra presumpcion a favor de Don Mathias Lorenzo, y de su justicia, quando *Pro sentencia semper presumitur nisi constet de iniquitate*; Sicut pro judice, *Leg. 2. §. si publicanus 20. ff de vi bonorum raptorum cap. in presentia de renuntiatione* Serafinus *de privilegijs vrieb. 132. à n. 10. Menoch. consl. 100. in principio, Gratian. discept. forent. tomo 4. cap. 648. n. 21.*

54. Y diziendo Don Alonso debajo de juramento que Doña Catalina su muger le comunicò, y manifestò su voluntad, sin aver tenido otra que dexarlo por su Heredero sin gravamen de fideicommisso; se debe estar, y juzgar por su declaracion, y haze plena probanza: pues, si el posseedor de mayorasgo puede dubiam fundatoris voluntatem interpretare, quando id ab institutore inteligere potuit, Dixit *D. Molina de Hisp. primog lib. 1. cap. 9. n. 38.* con muchos A.A. que cita; con quanto mas fundamento

se

ſe deverá dezir que Don Alonſo Heredero, y Albacea de ſu Muger, que la comunicò, tratò; y ſupo tan por menor ſu voluntad, pudo no ſolo manifeſtarla, ſino tambien interpretarla, y declararla?

55 Y eſta illacion a mayoritate ſe afianza en terminos con la doctrina de Baldo, Caſtrenſe, Fulgos, y otros autiguos, y con Mantica, Cavalcan, Mieres, y otros modernos, quos refert, & ſequitur, *D. Caſtill. lib. 5. controv. 2. part. Cap.* 184. *ex n.* 1. qui tenet, quod executor teſtamentarius declarare atque interpretari poteſt ambiguam ſeu dubiam teſtatoris voluntatem, *adeò*, dize: *Vt declaratio, quam ipſe fecerit à teſtatore facta inteligatur.* Maximè quando tambien concurre el ſer Heredero por cuya perſonalidad etiam le es licito declarar, ó interpretar la obſcura, ó dudoſa voluntad del teſtador: *Tradit ipſe D.* Caſtill. *vb ſupra cap.* 183. *ex n.* 1. Mayormente, quando voluntas de funti a nullo ſciri melius preſumitur, quam a coniuge, que dixo el miſmo con otros que alega; y aſsi no ay duda en que pudo Don Alonſo en dicha clauſala hazerla referida declaracion, y ſe evidencia la gran preſumpcion que haze en derecho, que adminiculada con tantas conjeturas llega à hazer plena probanza, aun quando no huviera, como ay, la de teſtigos tan concluyente, vt infra patebit.

56. Y quando cada vna dellas, y de las conjecturas que ſe han pueſto *per Se*, no hizieran probanza; todas juntas, mirando, y terminando aun propio fin, la haràn concluyentiſsima ex vulgari regula *ſingula, quæ non proſunt, ſimul colecta iubant Leg. Spadonem* 15. *§. qui iura ff. de excuſationib. tutorum, L. ſi ſtipulatus* 4. *ff. de vſuris capit. cum cauſam* 13. *extra de probat*, refert multos *Barb axiomata iuris litt.* S. *axcioma* 219. *Dueñas eodem tractatu, eadem litt. n.* 37. *&* 39.

37. Y porque no quedaſſe el menor reparo en la defen-

fensa de Don Mathias Lorenço, contentandose solamente con la disposicion de derecho, y fundamentos que de èl se deducen, à favor de la substitucion vulgar esforçados con las conjeturas, que de la voluntad de D. Catalina, assi de las que provienen de toda su disposicion, como de lo expressado por Don Alonso; y para que no faltasse tampoco probança concluyente de esta propia voluntad, y no dixesse Don Francisco á Don Mathias, *tibi non deficit ius sed probatio ex leg. duo sunt titij ff. de testam tutel.* No obstante, que tambien es plena probança la que nace de indicios, y conjeturas; y à vezes mueve mas el animo judicial para las determinaciones, *leg. obcarmen 21 §. finali ff de testibus*, ibi: *Confirmauit iudex motum animi sui ex argumentis & testimonijs & quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit, l. ad probationem 21. leg finali Cod. de probationib*; tiene con testigos ajustado, y probado su intento.

58 Ha probado de publico con onze testigos contestes, que Don Alonso Sotelo quedó por vniuersal heredero de su muger, sin cargo alguno de fideicommisso, y que como dueño de la herencia pudo disponer de ella libremente á su voluntad, assi lo entendieron los testigos sin cosa en contrario; assi lo dize Lazaro Figueroa de Vargas, Escrivano publico, ante quien Doña Catalina otorgô el codicilo, y que en esta inteligencia estuvo, assi lo depone el Padre Fray Damian Ramirez, Confessor del dicho Don Alonso de oidas al mismo repetidas vezes, quien como docto, y sabio dize el buen concepto en que siempre tuvo á D. Alonso, mejor que el que quiso probar Don Francisco, sin servir de nada à su defensa, imputandole de vsurero, sobre que hizo especial pregunta sin perdonar à su fama ya difunto, quando en nada le avia agraviado: y dezir tambien, que por mala voluntad que le tenia, avia dispuesto excluirlo de la herencia de Doña Catalina, vá tan herrado, que antes debiera darle gracias; pues si supone, que fue D. Alonso quien dispuso el codicilo de su muger, en èl se halla llamado Don Francisco, quando en el testamento no se hizo

de èl memoria; luego nó le tenia mala voluntad quien lo solicitava para heredero de su muger, en caso de no poderlo ser Don Alonso.

59 Ay ademàs tres testigos contestes de oidas â Doña Catalina de Quintana, que dixo, que dexava à su marido por su heredero para que dispusiesse como dueño de su hazienda, en caso que la alcançasse en dias; asi como en la misma forma dexava Don Alonso por heredera à su muger en su testamento; vno de los testigos, que es Antonio de Acosta Narbaez, lo es instrumental del testamento de Doña Catalina, y no se puede dudar de la gran fuerça que para probança haze el testigo instrumental, *ex doctrina* Baldi, *in leg. Parentes Cod. de testibus quem refert* Parlad *quotidianarum diferenciarum differ. 15. n. finali.*

60 Otro testigo, que es Blas Hernandez, que se hallô presente al tiempo que Don Alonso, y Doña Catalina entregó cada vno su testamento cerrado al Escrivano, dize, que en dicha ocasion les oyò dezir, que el vno se dexaba al otro por su heredero, para que el que quedasse viuo dispusiesse de todo libremente.

61 Y aunque se ha querido hazer reparo para impugnar estos testigos conque en el testamento de Doña Catalina no ay tal institucion reciproca, y alternativa; se satisface de passo, que no lo dizen asi los testigos, sino advierten, que eran dos los testamentos, y que cada vno entregò el suyo; y asi aviendo muerto primero Doña Catalina, despues viendo Don Alonso, que su testamento no servia por esta causa lo recogeria, y romperia, y asi no ay contrariedad en los testigos para la impugnacion.

62 El tercer testigo de aver oido tambien lo mismo à Doña Catalina en diferentes ocasiones, es Don Francisco Jorba y Calderon, Cavallero del Abito de Calatrava, à quien se le à querido disminuir la fee que debe darsele, suponiendo ser pariente de Don Mathias Lorenço, y es tan al contrario, que lo es de la muger de Don Francisco de la Cruz, por estar casado con vna prima hermana suya, y lo

fue

fue tambien de Don Alonso Sotelo, como à las generales lo dize; además, que no siguiendosele vtilidad de su dicho, quien le quitó la validacion aun caso negado que fuesse pariente?

ARTICVLO SEGVNDO.

PRoponense los argumentos, y razones alegadas por D. Francisco de la Cruz Uetancurt à q̃ por menor se satisface.

63 Todo el conato de Don Francisco à consistido en querer fundar, que las substituciones, que Doña Catalina de Quintana hizo por falta de su marido, fueron fideicommissarias, y no vulgares: y no contentandose conque el fideicommisso se contuviesse en los llamados, à procurado hazerlo perpetuo de familia, queriendo dar à entender, que por falta de Don Alonso recayò en èl la herencia, y que despues à de passar à sus hijos, y herederos, y demàs descendientes suyos.

64 Para cuyo intento debiera reparar, que llamando à Don Francisco, y por su falta à sus hijos, y herederos, no ay llamamientos de descendencia, progenie, familia, ni demas que pone D. Molina *de hisp. primog. lib. 1. cap. 5. fere per totum*, & ad eum addentes, qui dant multos; Lo qual era necessario para inducir fideicommisso perpetuo de familia, y descendencia ad instar maioratus: antes si despues de llamar à sus hijos, y herederos, passô por su falta à llamar la testadora, vnum post alium, à Don Jazinto de Mendoza, y Don Joseph Vinol y Coronado, que fueron los llamados en el testamento: y mal se juzgara por fideicommisso de familia por solo llamar hijos, y herederos, aviendo por falta de estos, otros llamamientos personales, nominatim sin descendencia de alguno.



65 Fuera de que para què avia de disponer Doña Catalina fideicommisso perpetuo de familia, ad instar maioratus en este caso? Porque si era para lustre, y memoria de la testadora, y de su apellido, y Casa, y a dexaba fundados

en el mismo testamento dos vinculos de lo mas gruesso, y mejor de su hazienda, y en cada vno de ellos hizo llamamientos de sus Parientes, con cargo de que conservassen perpetuamente el apellido, y Armas de su Linaxe, en ninguno de los quales llamò à Don Francisco, ni à sus hijos, y descendientes, de que se puede inferir, que por entonces no le tuvo la testadora por pariente; pues para conservar su lustre, apellido, y casa no le tomò en la voca; y para esta memoria, y conservacion si con vn Vinculo bastava, con dos avria harto; y assi era escusado multiplicar mas Vinculos, que solo fuera factible teniendo la testadora inmensa hazienda, muchos hijos, y querer à vn tiempo acomodarlos à todos.

66 Con que ya tomara Don Francisco de la Cruz, que negando (como bien se niega] fuesse perpetuo este fideiconmisso, se le concediera limitado á los expressados en los llamamientos; pero ni para esto puede tener fundamentos legales, aunque por su parte se ha querido dialeticar, y sutiliçar tanto.

67 El primero, y principal esfuerço de su pretencion consiste en la palabra por su falta puesta en el testamento, y repetida á su favor en el codicilo despues del llamamiento de Don Alonso Sotelo, que interpretandola Don Francisco à que importa lo mismo, que despues de sus dias intenta ajustar, que Don Alonso fue heredero durante su vida solamente, y que por su muerte recayò la herencia de su muger en Don Francisco, como gravada à restitucion en fuerça de fideiconmisso.

68 El segundo, no menos vrgente al parecer de Don Francisco, consiste en la clausula del testamento de Doña Catalina supra num. donde expressamente dize, que Don Alonso goze por los dias de su vida de todos los frutos de los bienes de que funda los dos Uinculos, como de los demàs, y que se suspendan sus disposiciones, y mandas, excepto su funeral, y limosnas de èl, hasta ser muerto su marido: de donde infiere aver quedado solo vsufructuario,

ó

ó ad ſummum heredero gravado à reſtituir, poſt mortem, la herencia à los demàs llamados ; y ſiendo el inmediato Don Franciſco, y por ſu falta ſus hijos , llegó el caſo de la reſtitucion por verificarſe con la muerte del primer heredero el llamamiento.

69 El tercero, porque aviendo hecho marido, y muger cierta memoria de bienes muy por menor à manera de inventario, puſo deſpues Doña Catalina clauſula en ſu teſtamento, en que previno ſe admitieſſe , y eſtuvieſſe por dicho inventario en prô , y en contra, y que ſe incorporaſſe con ſu teſtamento, para que ſiempre conſtaſſe, y no huvieſſe pleytos entre ſus herederos , y ſus diſpoſiciones: de q̃ infiere D Franciſco, que era eſcuſada eſta prevencion, y reparo, ſi Don Alonſo quedara heredero abſoluto, y ſin gravamen; y que el dexarlo la teſtadora aſsi diſpueſto, fue por que no ſe confundieſſen ſus bienes con los de ſu marido, por aver eſte por ſu muerte de reſtituir la herencia al ſegundo llamado, que era Don Franciſco, como à fideicommiſſario ſubſtituto.

70. El quarto, que bien conoció D. Alonſo, que por ſu muerte paſſava la herencia de ſu muger à Don Franciſco, á quiẽ de ella quiſo excluir por tenerle mala voluntad, para lo qual ſe valió de mandarle à Doña Joachina Tereſa de Flores quatrocientos ducados, con calidad, que ſu padre no pretendieſſe mover pleyto por la herencia de Doña Catalina , y que en caſo de intentarlo , le revocaba el legado; y ſi Don Alonſo no conſiderara el derecho que tenia Don Franciſco á la herencia, era eſcuſado cautelarſe, y querer que por dichos 400. ducados dexaſſe perder ſu derecho à vna herencia tan quantioſa.

71. El quinto, y vltimo, conſiſte , en que para inducir fideicommiſſo , no era neceſſario que ſe expreſſaſſe claramente , pues eſte para que ſubſiſta , baſta que por qualeſquier preſumpciones , ò conjeturas ſe pruebe ; y aviendo tantas en el teſtamento de Doña Catalina , que enuncian fueſſe ſu marido ſu heredero ſolamente por ſu vida , ſe ſi-

 gue

gue, que por su muerte passó la herencia iure fideicommissi à Don Francisco secundo vocatus.

72 Estos son los principales argumentos que haze Don Francisco de la Cruz, pues aunque haze otras ponderaciones, son de menos atencion, y no merecen respuesta, daràse à los propuestos, omitiendo hazerlo à los demas, por no ser mas prolixo, y parecer escusado, que es lo que dixo Quintil, *de oratorib lib. 5. cap.* 13. hablando de los que se paran à responder à todo, aunque no sea digno de respuesta: *Alij diligentia lapsi verbis etenim, vel sententiolis omnibus respondendum putant; quod est, & infinitum, & supervacuum.*

73. Al primer argumento que se haze de la palabra por su falta se responde (& meo videri) concleyentemente con lo ponderado à favor de Don Matias Lorenço en su defensa, desde el num. 23. pues siendo el fideicommisso grauoso, y honeroso, y la substitucion vulgar favorable, y que in ambiguo pro hac, & non pro illo iudicandum est, vt manet exornatum; aun quando dicha clausula pudiera tener diferentes inteligencias, se debiera estar siempre à la que miraba à lo favorable, y agravar al heredero quanto minus possit cum in honerandis hæredibus non sint faciliores testatores, *leg. vnum ex familia 67. §. si rem tuam 8. ff. de legat. 2.*

74. El segundo argumento, que prima facie parecia fuerte, se desvanece con facilidad, atendiendo, que dicha clausula puso la testadora inmediata à los Vinculos, que fundó en su testamento, y viendo que los bienes de que los establecia no podia dexarlos en propriedad à Don Alonso su marido, como tenia prevenido de los demàs de su remaniente, de que despues lo instituyò por su heredero, pareciendole corta su herencia, para remunerarle las buenas obras, y beneficios que le avia hecho, quiso que tambien de sus Vinculos gozasse durante su vida, y aun del vsufructo tambien de los demás bienes de que hizo legados; y assi concluyó que se suspendiesse la execucion de sus disposiciones, esto es, de los Vinculos fundados, y mandas hechas; ex-

cepto

cepto su funeral, y limosnas dèl, hasta que su marido falleciesse, quien en el interin gozasse de todo; y assi se evidencia de la colocacion de dicha clausula, pues siguiendose á la del establecimiento de los Vinculos, y estando mucho antes de la clausula de heredero no es verosimil, tratasse entonces de los bienes de la herencia, si que reservò, como lo hizo, el disponer de ellos para la clausula final de heredero.

75. Y aunque de contrario se ha replicado, que no se puede dar à esta clausula semejante inteligencia, y que la testadora considerò á todo su caudal, sin excepcion de bienes libres, y vinculados, y que en todos quiso que de ellos gozasse solamente durante su vida Don Alonso, pues dixo, assi de los bienes vinculados, como de los demàs, cuya palabra apela à todos los que no eran vinculados, quier fuessen legados, quier no; se responde, que la palabra *como*, que corresponde al adverbio *sicut*, es respectiva de lo semejante & omnimodam similitudinem, & identitatem importat, *leg. si quis obrepserit. ff. de fals.* cum multis tenet Barbos. *in dict. iur. verbo sicut, num.* 1. *& num.* 8. ipse cum Robles *de repusent*, dixo que era respectiva de lo precedente cum omnibus qualitatibus; y tratando hasta entonces la testadora, de los Vinculos, de los legados, y del funeral, y Missas, que estas fuerō exceptuadas, y haziendo solo expression de los Vinculos; en la palabra como de los demàs, se entiende como de los demàs bienes legados à distintas personas, que fueron muchos, como del testamento consta.

76. A que se llega, siendo fuerte consideracion, que si solo quisiera que Don Alonso fuesse vsufructuario, assi de los bienes vinculados, como de todos los demàs proprios de Doña Catalina, y no heredero en propriedad de algunos; para que avia de passar despues à la clausula final, en que dize lo dexa, y establece por su vniversal heredero para que goze de todo el remaniente de sus bienes, pues para ser vsufructuario vitalicio solamente, ya lo dexaba dispuesto, y assi esta vltima clausula de heredero de nada

servia

servia, y estava *sine effectu aliquid operandi*, que aun no se debe dezir de las palabras sueltas de los testadores, *arg. leg. si quando* 109 *ff. de legat.* 1. Burg. de Paz, *cons.* 25. *n.* 21 Gutierr. *practicar. lib* 3. *quæst.* 15. *num* 39. Conç. *ad reg.* 8. Cancell. §. 7. *proemial, num.* 125. quanto, y mas de las claras, y enteras de los testamentos.

77. Y en especial de la clausula de heredero, que como segun la practica comun, es la postrera en orden en los testamentos, vt tradit Escaño *de testamentis*, *cap.* 4. *num.* 14 cum Spino, & Pichard. es la primera en la intencion de lo testadores, y el vltimo fin à que se dirigen sus disposiciones; y conforme à derecho semper attendit oportet, quo postremum est indispositione, seu quod vltimè disponitur, *leg. siquis in principio testamenti ff. de legat.* 3. *leg pacta novissima, Cod. de pactis*, D. Castill. cum multis, *lib.* 4. *controvers. cap.* 37. *num.* 31.

78. Y quando huviesse [que no ay] la menor duda, siendo posterior la clausula de Heredero, y està clara y sin ambiguedad, se devia estar a ella, y no a la anterior dudosa, quando aun siendo dudosa la vltima, tiene mas eficacia que la primera, quia clausula sequens debet influere in preteritam vt hæc explicetur per posteriorem *Leg. verbum* 23. *in fine ff. de petitione hæredit*, ibi: *Et puto sequentem clausulam* Senatus *Consulti esse, & si hæc sit ambigua*; Y con Bart. Sozin. Senior, & Iunior; Parissio, & Mantic. *à la Ley qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. dixo Fusar. *de Substitut. quæst.* 32. *n.* 79. & 82. Que las palabras del testamento en vna parte claras declaravan las que en otra parte estavan obscuras; conque teniendo su propio sentido é intelligencia cada vna de estas dos clausulas, y conociendose por ellas la voluntad de la testadora, no ay la menor repugnancia, y casso que la huviesse, por que quiere Don Francisco prevalesca la clausula primera, y no la segunda, siendo esta la vltima, y principal de la disposicion, y la otra particular entre muchas del testamento?

79. Al tercero menos bien ponderado fundamento,

ſe dá ſatisfacion *ex eo quod*; dèl no ſe ſaca conjectura concluyente, y neceſſaria que induzga fideicommiſſo; lo qual es neceſſario para que eſte pueda entenderſe eſtablecido por preſumptiones vt infra num. 83. probatum eſt; antes sí, ſi ſe ajuſtare con fundamento aver mirado a otro fin preciſo, y neceſſario eſta clauſula, quedarà ſin duda la pretencio de Don Mathias, y remota la obſtancia que ſe quiere oponer por eſte medio; porque ſi ſiempre ſe ha de interpretar la diſpoſicion vt perſona honorata, (que es el Heredero) minùs gravetur, y en favor de la vulgar ſubſtitucion, y à conſervar la voluntad del teſtador, ya obiar toda contrariedad, y repugnancia en la diſpoſicion: *Vt ex dictis, & dicendis plane conſtat*, pudiendo hazerſe conjecturas contrarias, avrá de prevaleer la que dexarè illeſa la diſpoſicion, y vltima voluntad, y en caſſo de duda [ſi la huviera] en terminos de vulgar.

80. Es conſtante del propio imbentario que Doña Catalina no tenia carta de dote ni otro inſtrumento por donde conſtaſſe que los Bienes de que fundava los dos vinculos, y hazia otras mandas, fueſſen ſuyos; y como hicieſſe dichas diſpoſiciones, para que eſtas ſe ſubſtuvieſſen, y a caſo no ſe impugnaſſen por defecto de juſtificacion de ſu pertenencia, ſe previno con dicho imbentario con intervencion de ſu Marido, para que por eſte medio, quedaſſe eſtable lo que diſponia; ya eſto miro lo que dixo en dicha clauſula de que ſe eſtuvieſſe en pro, y en contra à dicho imbentario, en donde tambien Don Alonſo ſu Marido declarava ſus Bienes; ademas que expreſſamente dize Doña Catalina en la clauſula 19. de ſu teſtamento, que dicho imbentario lo haze por evitar prolixidad, y no embarazar ſu teſtamento, con que ſi eſte fue el motivo expreſſo para ello; ſin fundamento, lo quiere hazer deſta clauſula Don Franciſco.

81. Y por vltimo, dexando Doña Catalina ſubſtituido vulgarmente a ſu Marido, como podia acontecer que eſte murieſſe primero [de que ſiempre ſe rezelò] para en

eſte caſſo podia ſer muy vtil dicho imbentario, por excuſar plutos entre ſus diſpoſiciones, y los Herederos de Don Alonſo, que ignorando quales Bienes fueſſen de Doña Catalina, podian pretenderlos todos por Herencia de Don Alonſo, *aut Saltim* las muchas mejoras que la miſma Doña Catalina confieſſa aver hecho ſu marido de ſu propio capital; y que a eſto miraſſe ſemejante cautela, ſe euidencia de la dicha clauſula 19. del dicho teſtamento, donde dize e Doña Catalina que ſe eſtè, y paſſe por dicho imbentario en caſo neceſſario, luego ſupone que puede aver caſo en que no ſea neceſſario eſtar, y paſſar por èl? y qual, pues, con propiedad pudiera ſer eſte, ſino el de previvir ſu Marido, y por la adicion de la Herencia quedar Señor de todo ſin gravamen de reſtituir?

82. Al quarto fundamento ſe ſatisface ſi bien ſe atiende á la probanza hecha por Don Mathias Lorenzo á la 13. pregunta de ſu interrogatorio, donde plenamente tiene juſtificado las vozes que D. Franciſco divulgava à firmando pertenecerle la Herencia de Doña Catalina por muerte de Don Alonſo, y que ſe jactava de ello, como lo depone el eſcrivano del codicilo de oidas à dicho Don Franciſco; en ocaſion que iba a ſacar teſtimonio dèl para principiar, eſte injuſto litigio, quando llegaſſe el caſſo; y ſiendo como era el dicho Don Alonſo Sotelo tan temeroſo de Dios, tan caritativo, y tan limoſnero, (como pleniſsimamente ſe juſtificô a la 10. pregunta de ſu interrogatorio) con todo acuerdo ſolicito obviar dos incombenientes con eſta diſpoſicion; el vno excuſarle inquietud, y moleſtia à Don Franciſco en la proſecucion de eſte pleito, y èl que lo ſiguieſſe injuſtamente, por las conſequenias que le podian reſultar; y el otro, y mas principal, porque haziendo ſu diſpoſicion en limoſnas, y obras pias, ſentia ſu ardiente caridad ſe dilataſſe eſta obra de piedad, y difirieſſe por embaraſſo tan injuſto, y que ſe gaſtaſſe en pleitos porcion que ſe podia aplicar al remedio de alguna vrgente neceſsidad; y ſolo eſte fueſſe fin, ſi que ſe timieſſe

de

de que quedasse illusoria su disposicion por que huviesse de obtener Don Francisco; pues como docto tuvo presente lo que dixo : *Eneas Silvius Epistola 77. meluis est in magnis contentionibus de suo jure aliquid tradere cum pace, quam totum litigando consequi.* Y por este medio juzgò por verosimil el que Don Francisco sedesistiesse de la machina que tenia trassida, y temeridad que queria emprender en gastar su hacienda, y lo eminente de su edad, en lo desabrido de mantener vn pleito; quando a vista de esta disposicion y manda podia dezir con *Petronio in Satyr. mihi plane placet emere, quam sui nostrum sit, quod agnoscimus, & parvo ære recuperare potius thesaurum, quam in ambiguum litem descendere.* Empere pues non optimam partem elegit, no se le dieron los quatrocientos ducados, y no puede ser de fomento a su pretencion, por no ser dable hazer conjectura contra lo que expressamente consta, [vt infra a la satisfacion del 5. fundamento se probarà] y aviendo Don Alonso expressamente declarado su animo en quanto a esto en la clausa que a la letra va puesta supra numero es desproporcionado quererle por conjectura imputar lo contrario de lo que expressamente sintio, y declarò.

83. El quinto, y vltimo argumento, no solo quedará satisfecho; antes si se deduce, y aclara la justificada pretencion de Don Mathias Lorenzo; pues aunque se le conceda que ex conjecturis fideicommissum inducatur, sele niega que qualis, qualis conjectura sufficiat, porque las que lo pueden inducir han de ser graves, vrgentes, y necessarias, & multum probabiles: *Vt cum* Deciano, Mantica, & Menoc. *tenet* D. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 69. verisc. denique ipsimet.* De tal suerte que concluyan, y de necessidad, y precisamente induzgan fideicommisso, prosigue *Idem* D. Castill. No empero las que no siendo de esta classe, se constituyen en la Jerarchia de las que escluye el mismo Autor, que son las que ex capite, vel ex propia, cuiusque opinione, aut ex phantasia imaginaria se quieren deducir, como con propiedad lo son las que á querido fomen-

men-

mentar lo caviloso de la parte de Don Francisco.

84. A demás, que siendo tan combincentes las conjecturas ponderadas supra por la parte de Don Mathias, no pueden en algo sobresalir las propuestas por Don Francisco, siendo tan tenua, y inferiores, quia mayor conjectura minorem excludit, *tenet* D. Salg. *de Retent. Bull* 2. *part. cap.* 34. *à num.* 191. Escobar *de puritate* 1 *part. quæst.* 8. §. 1. *n.* 16. Pareja *de edict. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *à num.* 30.

85. Fuera de que no siempre las conjecturas aunque vrgentes, y graves inducen fideicommisso, porque si la clara, y expressa voluntad del testador les es adversa, no pueden producir tal effecto, quedando del todo anichiladas por lo manifiesto, y patente eiusdem testatoris voluntatis, pues aliàs conjectura prevaleret voluntanti expressæ testantis, quod est absurdum; antes si en este casso por evitar contrariedad en vn propio acto, [que no puede subtenerse, *ex Leg. mutius ff. pro socio, Leg.* 1. *cod. de furtis, & ex Menoch. de Retinenda possessione Remed.* 3. *n* 516.] Se remueve del todo qualquier conjectura, quedando estable, firme, y subsistente la disposicion clara, y evidente del testador, *ex Leg. si inter ff. de except. Rei judicatæ Leg. hæc verba, ille, aut ille ff de verb. significat. & ex Gratiano disceptat; forentium tomo* 5. *discert.* 894 *num.* 4. Quia non possunt esse sub eodem subjecto *ex Leg. vbi reppugnantia de Reg. juris.*

86. Y sobre todo estando tan manifiesto el que Doña Catalina solo substituyo vulgarmente á su Marido, tanto por la palabra, *y por su falta* de que vsó, quanto por aver sido directas, y vulgares las de su disposicion, no estamos en terminos de poder atender qualesquier conjecturas, ó presumpciones que se opongan à esta voluntad expressa; y solo para esforzarla se deveràn premeditar las que miran à su conservacion, y exsito; quia inre clara, & dispositione expressa conjecturis aut presumptionibus non est vtendum, *Leg. si Pater §. quoties de manum vindicta, Leg. continuus §. cum ita ff. de verb. obligat.* Garcia *de Nobilitat.*

Gloss

Gloss. 4. fere per totam, D. Vella *discert. 37. num. 27. & discert. 39. num. 36. in fine, & discert. 46. num. 28.* Dixit D. Castill. vbi proxime versc. quod attinet, ibi: *Non est recurrendum ad conjecturas quando habemus claram mentem testatoris, maxime ad inducendum fideicommissum, & gravamen, in quo probatio seu conjectura debet esse certa, & concludens.* Y despues citando à Don Juan Francisco del Castill. descis, Siciliæ latamente prueba que en colegir, ò averiguar la voluntad del testador divinandum non est sed illa ex verbis concipi debet, quia imputandum est testatori, cur non proposuit in eo casu, inquo dubitatur; y por vltimo nunca fue bastante que el testador fideicommittere voluisse, nisi illius voluntas transierit indispositionem; *Ex tex, in Leg. quidam cum filius ff. de Hered. instituend.* Con que queda claro de verse atender à la voluntad expressa, y à las conjecturas que la corroboran, y por consiguiente no obsta este vltimo fundamento propuesto por la parte de Don Francisco, antes si de su satisfacion se esfuerza mas la justificada pretencion de D. Mathias Lorenzo.

87. Pro coronide addendum videtur, el hazer recordacion de la piadosa disposicion de Don Alonso Sotelo, que totalmente olvidado de sus Sobrinos, y Parientes, todo se quiso emplear en favorecer à los pobres, y mandar se distribuyesse entre ellos hasta el remaniente de su Herencia, quien pues obra tan piadosa desereve audet! aunque tuviera duda [dixo *Ioson in Authentic. hoc inter liberos cod. de testamentis versic. quarto singulariter limita*] se ha, y deve juzgar en su favor, y Cavalcan. *Descis. 13. num. 18. part. 2. & desic. 1. num. 10.* Tambien dixo lo mismo en estas palabras, ibi: *Et attendunt ad salutem animarum, quarum gratia indubio judex potius debet judicare.* Si esto es in re dubia, quid ergo in tam clara?

88. Hasta aqui la satisfacion à los fundamentos contrarios de que resulta à vista de la Justicia que assiste à Don Mathias Lorenzo el esperar la confirmacion de la senten-

 cia

cia de la Audiencia de Canaria, *Vt diu fluctuanti causæ; tandem stabilem terminum, divino ore, ponatis.* Que dixo Symmach. *Lib.* 10. *Epistol.* 53. *ad finem.* Salva tanti Senatus dignissima censura, cui hæc libentissimè cedimus Hispali 24. Novembris anni 1699.

Lic. Don Luis Fernãndez de Valenzuela, y Angulo.